TERCERA ETAPA • AÑO 13

Martes 3 de setiembre de 2024

jurídica

● 911

SUPLEMENTO DE
ANÁLISIS LEGAL DE
EL PERUANO

Licencia social

ASPECTOS POR TOMAR EN CUENTA PARA LA EJECUCIÓN DE PROYECTOS

PÁGINA 6 **PEDRO BALTA**

PÁG. 2. INDAGACIÓN Y EL INFORME POLICIAL. CAMBIOS A LA REFORMA PROCESAL PENAL. **ROMARIO RAMÍREZ**

PÁG. 3. LA MODA COMO UNA FUENTE DE IDENTIDAD DE LOS PERUANOS. **ANNALUCIA FASSON LLOSA**

PÁGINAS 4-5. UN “TALÓN DE AQUILES” EN EL SISTEMA DE FLAGRANCIA. **MARÍA ELENA GUERRA-CERRÓN**

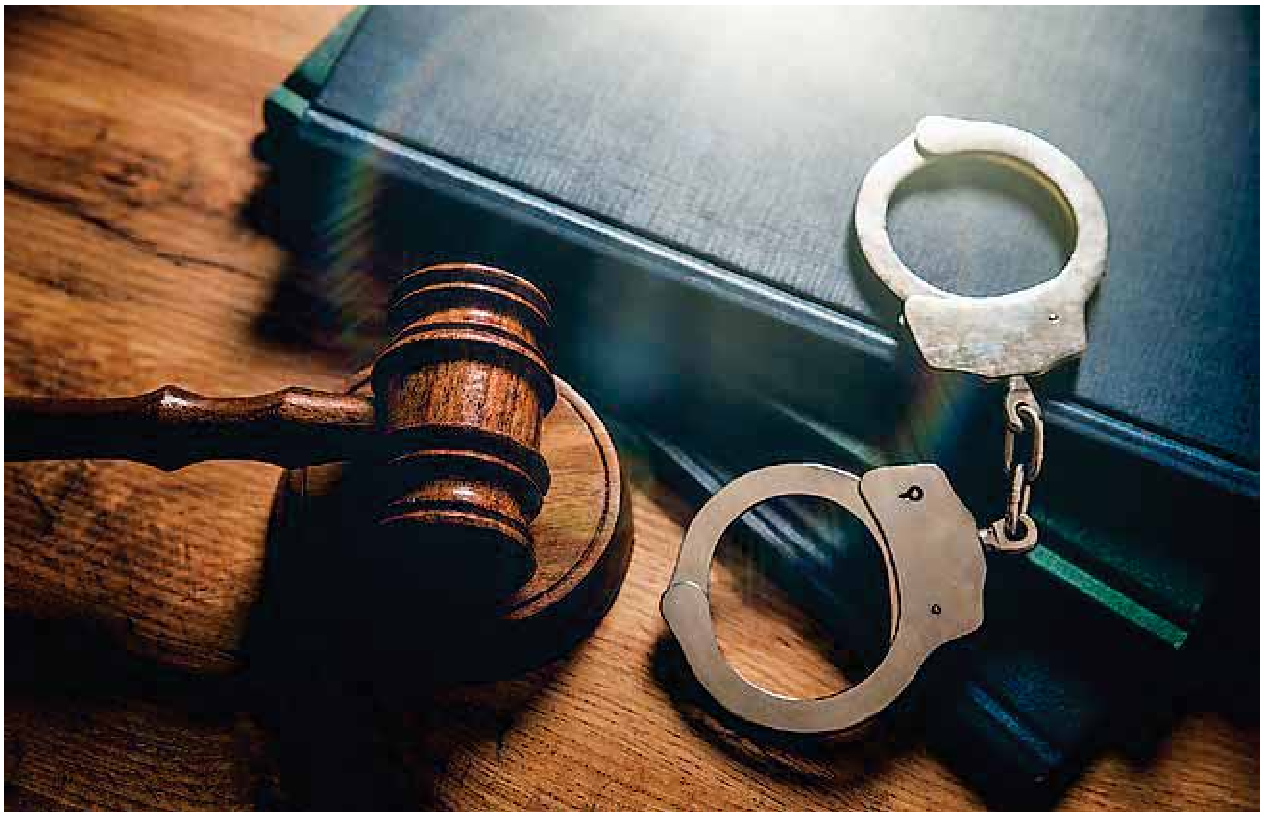
PÁG. 7 ¿QUIÉNES EJERCEN FUNCIÓN PÚBLICA? TEMA URGENTE PARA LA AGENDA DEL PAÍS. **RICARDO GANDOLFO CORTÉS**

PÁG. 8 EL PRINCIPIO DE GENERALIDAD, BENEFICIOS TRIBUTARIOS EN DEBATE. **BENJAMÍN GUTIÉRREZ GALVÁN**

MODIFICACIONES A LA REFORMA PROCESAL PENAL

Indagación y el informe policial

La nueva reforma permite a la Policía Nacional realizar estas evaluaciones preliminares, lo que inicia un debate sobre la independencia del Ministerio Público y la lucha contra la corrupción.



ROMARIO **RAMÍREZ**

SOCIO DE CMS GRAU.

Desde hace algunos meses atrás, el Código Procesal Penal viene presentando una serie de modificaciones que han generado diversas críticas, sea por dificultar la indagación de los hechos, por generar mayor controversia en su interpretación, por no luchar contra la corrupción, entre otras. Estas críticas que, si bien se realizan en su oportunidad, lamentablemente se pierden con el correr de los meses y los artículos modificados se quedan en nuestra normativa al alcance de quien lo requiera.

Una de estas modificaciones se refiere al informe policial. El nada nuevo modelo procesal penal del 2004 que rige en el país, modificó una serie de reglas en comparación con el modelo procesal penal inquisitivo que se tenía anteriormente. Una de las batallas ganadas que obtuvo la reforma procesal penal en aquel entonces fue la anulación del atestado policial y del parte policial, para dar inicio al conocido informe policial.

Tanto el atestado como el parte policial eran documentos emitidos por la Policía Nacional del Perú, que, luego de investigar un hecho con apariencia criminal, decidían a su criterio si un hecho revestía de carácter delictivo, así como el grado de participación de los intervinientes en un delito. Atestado policial se emitiría si había indicios de delito y parte policial en caso de que no existíera.

Uno de los motivos que utilizó la reforma para eliminar el atestado y el parte policial fue el alto índice de corrupción al interior de la Policía, pues se había detectado sobornos a cambio de la emisión de atestados o partes policiales, según el interés de quien sobornaba. Además, y no dejaban de tener razón, que resultaba poco lógico, que policías, esto es, no abogados y menos aún especializados en derecho penal, puedan decidir si un hecho revestía de carácter penal. Para efectos de ser más explícitos, un policía podía decidir si un hecho configuraba una estafa contractual y no un incumplimiento contractual; o decidir si se estaba ante un fraude societario o no, por citar dos ejemplos.

Con el informe policial, en cambio, se precisó en el Código Procesal Penal de 2004, que, si bien la policía seguía emitiendo este documento, debían abstenerse de calificar e imputar responsabilidades, puesto que sería el fiscal quien decidiría si un hecho reviste indicios de delito o no. Esta reforma cumplía su logicidad, pues tenía sustento en nuestra Constitución y en la Ley Orgánica que crea el Ministerio Público, la Fiscalía es pues el órgano encargado de investigar un hecho.

Sin embargo, el 21 de diciembre del 2023 pasado, el Poder Ejecutivo promulgó el Decreto Legislativo 1605, que modificó una serie de artículos del Código Procesal Penal, entre ellos el artículo 332° que regula el informe policial. Esta nueva modificatoria si bien precisa que el informe policial no tiene carácter vinculante, lo cierto es que sí señala: "El informe policial (…) contiene los antecedentes que motivaron su intervención, los delitos presuntamente cometidos, así como los grados de presunta autoría y participación, la relación de las diligencias efectuadas, el análisis de los hechos investigados y las conclusiones respectivas", lo que nuevamente conlleva un retorno al pasado.

El argumento que la Exposición de Motivos sostuvo para esta modificatoria es que "los informes policiales al ser documentos técnico científicos, deben contener antecedentes, análisis y conclusiones". Agrega sin mayor sustento que: "El NCPP prohíbe a la PNP de calificar los delitos aún de manera preliminar, por lo que se perdería las estadísticas criminales y los antecedentes policiales con grave riesgo para la lucha contra la delincuencia común y crimen organizado". Por último, sostiene que "se debe tener en cuenta que la PNP no está subordinada al Ministerio Público, pudiendo la PNP realizar funciones de investigación policial, por iniciativa propia o bajo la conducción jurídica del Fiscal".

Como es de verse, el argumento es mínimo y en ningún momento rebate los argumentos que promovieron la eliminación de las potestades que tenía la Policía Nacional del Perú, con el antiguo atestado y parte policial.

Llama la atención que a pesar de este débil argumento finalmente haya podido superar las observaciones de constitucionalidad y de congruencia normativa, al interior de los ministerios que integran el Poder Ejecutivo; aunque resulta más lamentable que luego de la crítica oportuna que se dio, este artículo siga permaneciendo en nuestro sistema procesal.

Esta modificatoria si bien data de diciembre del 2023, no deja de ser actual si todos los días la Policía Nacional del Perú emite informes policiales. No dudamos de los buenos agentes que con responsabilidad realizan su trabajo; sin embargo, consideramos que no existen argumentos suficientes para sostener esta modificatoria. Es importante retomar esta discusión y remar para una buena y mejor reforma procesal penal. Solo así seguiremos ganando esta lucha contra la corrupción.

jurídica

DIRECTOR (e): **Félix Alberto Paz Quiroz** | Subdirector: **Omar Swayne Recuenco** | Editora: **María Avalos Cisneros** (mavalos@editoraperu.com.pe)
Coordinador: **Paul Herrera Guerra** | Jefe de Diagramación: **Julio Rivadeneyra Usurín** | Teléfono: **315-0400 (2016)**

Las opiniones vertidas son de exclusiva responsabilidad de los autores. Sugerencias y comentarios: mavalos@editoraperu.com.pe

Jurídica es una publicación de El Peruano
2008 © Todos los derechos reservados

EL OBJETIVO ES CONVERTIR AL PERÚ EN UN HUB DE FIBRAS ALTERNATIVAS

La moda: fuente de identidad de los peruanos

Nueva especialización del Derecho brinda asesoría legal ligada al sector de la moda, textil, lujo y retail.

ANNALUCIA **FASSON LLOSA**

SOCIA SÉNIOR DEL ESTUDIO MUÑIZ.

El Derecho de la moda es una nueva especialización del Derecho que brinda asesoría legal ligada al sector de la moda, textil, lujo y retail. Cabe indicar que si bien en un inicio empezó alimentándose de diferentes ramas del Derecho, tales como el Derecho corporativo, propiedad intelectual, Derecho ambiental, Derecho laboral, protección al consumidor o comercio exterior, entre otras, la especialización ha evolucionado y hoy cuenta con temas propios que ningún otro abogado asesora, solo los especializados en Derecho de la moda. Ello abarca asuntos como la moda sostenible, la regulación en la comercialización de las fibras de algodón, alpaca y vicuña, la Ley de etiquetas, la Ley de talles, el uso de los videojuegos, el blockchain, los NFT, el metaverso y la inteligencia artificial en la industria de la moda, entre otros.

Uno de los temas que más relevancia tiene desde hace un par de años es la sostenibilidad en la moda, que se divide en cuatro categorías: moda ética, moda ecológica, moda tecnológica y moda étnica. Esta última ha tenido un impulso muy fuerte, puesto que el folclor es fuente de inspiración de varios diseñadores y marcas peruanas y, adicionalmente, hay la tendencia de utilizar materias primas sostenibles, como el algodón orgánico, o las fibras de la alpaca o vicuña. De hecho, se desea convertir al Perú en un hub de fibras alternativas en el que han surgido la chimbira, la flor de punga, el ceibo, el cáñamo, entre otras materias primas interesantes que ya están siendo utilizadas en las últimas colecciones de diseñadores peruanos. Respecto al cáñamo, recientemente el Congreso ha aprobado una norma que promueve su uso en diversos sectores, entre los que se encuentra el textil, por lo que puede ser empleado como un material alternativo y sostenible para fabricar prendas de vestir.

Asimismo, podemos indicar que contamos con la Ley del Artesano, Ley N° 29073, y su reglamento publicado mediante el Decreto Supremo N° 008-2020-MINCETUR, que promueve el empadronamiento de los artesanos, los capacita y otorga financiamiento.

Si bien, también podemos aplicar la Decisión Andina N° 486, que establece en el artículo 3° que los países miembros deben salvaguardar y respetar el patrimonio biológico y genético, así como los conocimientos tradicionales de sus comunidades indígenas, afroamericanas o locales, al momento de conferir protección a elementos de propiedad industrial, aún en el Perú no existe una norma contra la apropiación cultural como sí la hay en México.

Por apropiación cultural debemos entender la utilización de expresiones de una cultura sin contar con su autorización ni reconocer su origen, ni proporcionar una compensación económica por su uso, como, por ejemplo, ocurrió con la colección resort de Carolina Herrera en 2020 inspirada en la cultura mexicana sin autorización alguna.

Por ese motivo en México se publicó la Ley Federal de Protección de Patrimonio Cultural de los Pueblos y Comunidades Indígenas y Afromexicanas, que reconoce y garantiza el derecho de propiedad de los pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas sobre los elementos que conforman su patrimonio cultural, sus conocimientos y expresiones culturales tradicionales, así como la propiedad intelectual colectiva respecto de este patrimonio.

En esta norma se regulan los contratos que las comunidades pueden celebrar con terceros, los cuales deberán contener como mínimo: las partes intervinientes, el objeto y términos generales del contrato o convenio, los detalles y limitaciones al uso, aprovechamiento o comercialización del bien o bienes de que se trate, las contraprestaciones y compensaciones pactadas, la vigencia del contrato, las formas de pago o entrega de contraprestaciones y compensaciones, los mecanismos de solución de controversias y de rescisión del contrato, entre otros. Asimismo, no podemos dejar de mencionar el proyecto de ley N° 3546/2018-CR promovido por la excongresista Tania Pariona en el 2018, respecto al cual la Comisión de Defensa del Consumidor en el 2021 propuso un texto sustitutorio que crea el reconocimiento, régimen, promoción, y protección de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas y afroperuanos. Así, se fomentaba el reconocimiento de las expresiones culturales de los pueblos indígenas y afroperuanos, por lo que quien utilizara sus diseños debía suscribir un contrato de licencia y pagarle a esta comunidad la regalía correspondiente, estableciendo como entidad supervisora a Indecopi.

Por otro lado, en cuanto se refiere a la fibra de alpaca, podemos indicar que somos los primeros productores de fibra de alpaca del mundo. Existen dos tipos de razas de alpaca: la Huacaya y la Suri, siendo esta última utilizada por el sector de lujo textil. El Día Nacional de la Alpaca se celebra el 1° de agosto y mediante la Resolución Ministerial N° 368-2006-PCM se creó la Comisión Nacional de la Alpaca (Conalpaca) que tiene como propósito fortalecer la cadena productiva alpaquera para posicionarla en el mercado.

Asimismo, la Comisión de Promoción del Perú para la Exportación y el Turismo (Promperú) desde hace un par de años lanzó la marca sectorial Alpaca del Perú, por lo que quien desea utilizarla deberá celebrar un contrato con esta organización. Asimismo, la Asociación Internacional de la Alpaca (AIA) cuenta con las siguientes marcas colectivas: a) Alpaca Origin Mark, cuando se utiliza el 100% de la fibra de alpaca en los productos. Esta a su vez se divide en Dorada, cuando es 100% baby alpaca o calidades superiores (garantiza una finura en la fibra no mayor a 23 micrones) y Plateada, que es 100% alpaca, pero con calidad inferior a baby alpaca (garantizando una finura no mayor a 26.5 micrones y b) Alpaca Blend Mark, cuando por lo menos se utiliza el 30% de la fibra de la alpaca mezclándola con otros materiales. Para usar estas marcas se deberá celebrar el contrato de licencia respectivo.

Por otro lado, la fibra de la vicuña es considerada la fibra más fina del mundo. Su día nacional se celebra el 15 de noviembre, fecha en que se termina el procedimiento de esquila incaico, el chaccu. Si queremos utilizar la marca Vicuña Perú o Vicuña Perú Artesanía debemos primero celebrar un convenio con el Servicio Nacional Forestal y de Fauna Silvestre (Serfor), que, entre otras obligaciones, señala que se debe de presentar un informe anual sobre las actividades de promoción de la fibra de la vicuña, así como los contratos y facturas emitidas durante el año que acredite su compra. Asimismo, podemos indicar que el Instituto Nacional de Calidad (Inacal) regula mediante varias normas técnicas las fibras de alpaca y vicuña.

No debemos olvidar que la moda debe ser considerad fuente de identidad y de orgullo de todos los peruanos.

URGE REFORZAR RECURSOS Y CONDICIONES

Un “talón de Aquiles” en el sistema de flagrancia

Las carencias en defensores públicos, equipos de laboratorio y el grave hacinamiento en los penales, incluyendo el de Sarita Colonia en el Callao, destacan como las principales debilidades del sistema de flagrancia en Perú, comparables al “talón de Aquiles” en la famosa metáfora. Esta situación exige una atención urgente y una acción coordinada de todas las instituciones del Estado para fortalecer la eficacia de nuestro sistema de justicia penal.

MARÍA ELENA **GUERRA-CERRÓN**

PRESIDENTA DE LA JUNTA DE FISCALES SUPERIORES DEL DF CALLAO

En este mismo medio, en una publicación especial de *Jurídica* sobre la “Flagrancia delictiva” (1) regulada en el artículo 259 del Código Procesal Penal, escribí y la relacioné a manera de metáfora, “con las manos en la masa”, como una analogía entre los elementos que las componen; en ambos casos, hay una persona que comete un acto ilícito o acaba de cometerlo (con los tipos desarrollados en la doctrina).

En esta oportunidad, en el marco de la lucha contra la inseguridad ciudadana, a través del impulso de los procesos inmediatos de delitos en flagrancia, recurro nuevamente a una metáfora con la intención de facilitar la comprensión de algunas debilidades identificadas y motivar una reflexión, así como un cambio de enfoque en relación con el sistema de flagrancia.

Se conoce la historia de Aquiles, el héroe griego en la guerra de Troya, de la cual se ha perennizado la expresión “el talón de Aquiles” para referirse a la parte débil o vulnerable de una persona o cosa, lo que me permite describir una problemática en el interior del sistema de flagrancia y en su entorno externo, tomando la experiencia Provincia Constitucional del Callao.

1. Las unidades de flagrancia

Como definición preliminar, en los protocolos de actuación interinstitucional de la Unidad de Flagrancia (2), se señala que es una sede judicial especializada del sistema de justicia penal integrada por el Poder Judicial, Ministerio Público, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (Defensa Pública) y la Policía Nacional del Perú, encargados del conocimiento de los casos de delitos flagrantes tramitados como procesos especiales inmediatos. Si bien están previsto estos integrantes, ello no excluye que se pueda ampliar e involucrar a otros, por ejemplo, al Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables.

Para las coordinaciones se cuenta con un Comité de Coordinación de la Unidad de Flagrancia, que está integrado por las instituciones antes señaladas, con el propósito de evaluar y abordar la problemática interinstitucional.

Hasta mayo de este año se han implementado ocho unidades de flagrancia en los distritos judiciales de La Libertad, Lima Sur, Lima Norte, Lima, Lima Este, Callao, Sullana, Santa y Arequipa. Lambayeque sería la próxima en contar con una unidad de flagrancia.

En las unidades de flagrancia, lo que se busca es la actuación inmediata de los actores involucrados y especialmente que los casos puedan tramitarse a través del proceso inmediato por ser considerado un: “proceso especial, célere, simplificado, que exige para su procedencia la existencia de evidencia delictiva, actividad probatoria reducida y simplicidad del proceso; cuya finalidad consiste en disminuir etapas procesales, sin afectar la efectividad”.

2. Fortalecimiento de unidades de flagrancia

En mayo se ha dictado el Decreto Supremo Nº 083-2024-EF, que autoriza la transferencia de partidas en el presupuesto del sector público para el año fiscal 2024, a favor del Poder Judicial. El presupuesto es para financiar los gastos asociados a fortalecer los procesos inmediatos de delitos en flagrancia y lucha contra la criminalidad.

Por su parte, la Junta de Fiscales Supremos del Ministerio Público mediante Resolución N.º 032-2024-MP-FN-JFS Lima, de fecha 21 de junio del 2024, ha creado trescientas noventa plazas de fiscales adjuntos provinciales, para el fortalecimiento de las fiscalías corporativas con el fin de brindar atención prioritaria en los casos de detenidos en flagrancia, durante el turno fiscal en los distritos fiscales de Lima Centro, La Libertad, Lima Este, Lambayeque, Arequipa, Lima Norte, Cusco, Callao y Piura. En una primera fase, se ha priorizado el número de fiscales a 120.

3. Un “talón de Aquiles” en el sistema de flagrancia

Si bien el éxito de la gestión y del ejercicio de las competencias depende de los diferentes actores del sistema de flagrancia, en función de una actuación inmediata, coordinaciones interinstitucionales y comunicaciones oportunas; se advierte que hay otros actores que no forman parte directa del sistema, pero cuyos actos u omisiones podrían limitar el impacto positivo en la sociedad. En tal sentido, se desarrollarán dos debilidades identificadas en el sistema de flagrancia y una debilidad en el entorno externo, como se señaló anteriormente, con base en el Callao.

a) Insuficiente número de defensores públicos.

Considerando la trascendencia de la garantía al debido proceso, una debilidad es no contar con defensores en el momento oportuno. Si bien los defensores públicos en el Callao procuran atender el mayor número de casos, no se llegan a satisfacer todos los requerimientos, puesto que la intervención en las actuaciones de investigación y en los procesos es inmediata, no debiendo excederse de las setenta y dos horas.

b) Pericias para demostrar evidencia delictiva.

Una gran debilidad es la falta de reforzamiento con personal y equipos en los laboratorios de la Policía de la región Callao. Es más, teniendo en cuenta la ubicación estratégica de la Provincia Constitucional

Hasta mayo de este año se han implementado ocho unidades de flagrancia en los distritos judiciales de La Libertad, Lima Sur, Lima Norte, Lima, Lima Este, Callao, Sullana, Santa y Arequipa. Lambayeque sería la próxima en contar con una unidad de flagrancia.

del Callao "como ingreso principal por aire y mar" al Perú, con todo lo que ello significa, se debería contar con un Laboratorio de Criminalística con equipos completos.

Es igualmente una debilidad el estado situacional de la Unidad de Medicina Legal del Callao, el que requiere atención urgente, contratación de más personal técnico, mantenimiento de los equipos actuales y la renovación de su equipamiento en general. Destaca como debilidad el insuficiente número de cámaras Gesell para realizar las entrevistas únicas.

c) Situación carcelaria en el Establecimiento Penitenciario Sarita Colonia

Un hecho que constituye una amenaza, más que una debilidad, es la situación carcelaria en el Establecimiento Penal (EP) del Callao. Se pensaría que esta es una situación aislada y que no guarda relación con las unidades de flagrancia, pero incide, en mi opinión, significativamente.

Es de público conocimiento que en el referido EP existe un hacinamiento de 600%. Es más, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 05436-2014-PHC/TC (publicada el 20 de julio del 2020) resolvió "declarar que existe un estado de cosas inconstitucional respecto del permanente y crítico hacinamiento de los establecimientos penitenciarios y las severas deficiencias en la capacidad de albergue, calidad de su infraestructura e instalaciones sanitarias, de salud, de seguridad, entre otros servicios básicos, a nivel nacional [...]" y, señaló un plazo de 5 años que vencerá en el 2025, para adoptar medidas para superar ese estado. En caso de no cumplirse en el tiempo señalado, la autoridad administrativa respectiva deberá cerrarlos. En el grupo de EP que se encuentran en esta situación se encuentra el EP Callao (471% al 2020)".

¿Cuál es el impacto de este estado de cosas institucional en el resultado del trabajo en las unidades de flagrancia? Pues bien, si con el reforzamiento de las unidades de flagrancia, se puede –en el plazo de 72 horas– lograr sentencias en un proceso inmediato, cuando exista evidencia delictiva y se garantiza el debido proceso, entonces habrá condenas efectivas y estas tendrán que cumplirse en el centro penitenciario.

Al respecto en una visita a Sarita Colonia realizada por la vicepresidenta del Tribunal Constitucional Luz Pacheco Zerga en el 2023(3), "… constató que aún se mantiene un dramático hacinamiento, que debería llevar a tomar la decisión de no permitir el ingreso de un interno más". Es así como surge la inquietud en relación con un futuro contexto, primero, adónde se enviarán a los internos si no hay espacio para una persona más y, segundo, si al vencimiento de los cinco años de plazo no se soluciona el problema y se cierra Sarita Colonia, de qué manera se afrontará la situación.

En el Pleno del Comité Regional de Seguridad Ciudadana del Callao (Coresec) se ha tratado esta problemática y se han tomado acuerdos para convocar a las autoridades competentes, especialmente al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, así como al Instituto Nacional Penitenciario, a una reunión de trabajo para gestionar que se incluya en los proyectos de edificación de centros penitenciarios a la Provincia Constitucional del Callao y, para exponer algunas alternativas de solución.

4. Conclusión

En primer lugar, si bien el proyecto de la unidad de flagrancia ha sido considerado como un "sistema de flagrancia", considero que este enfoque sistémico es adecuado, pero no debería restringirse a los actores directos en el iter del proceso inmediato, esto es, la Policía Nacional del Perú, Ministerio Público, Defensoría Pública y Poder Judicial. Se precisa que el Ministerio Público lo integra con sus equipos de fiscales, pero también con los profesionales de las unidades de Medicina Legal. También debería involucrarse a los actores indirectos, como el Instituto Nacional Penitenciario, ya que se trata de un ente externo al sistema de justicia, pero que influye en el sistema como se ha analizado.

En segundo lugar, resulta impostergable que el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, para el Callao, realice una reunión de trabajo con los integrantes del Coresec, para evaluar la situación de Sarita Colonia y se tome conocimiento de las propuestas respectivas.

En tercer lugar, es también el Pleno del Coresec el indicado para realizar coordinaciones con la Policía Nacional del Perú y el Ministerio del Interior para el reforzamiento de los laboratorios de criminalística en el Callao, y por qué no, de lograr que se considere el proyecto de un laboratorio completo.

En cuarto lugar, corresponde intensificar las coordinaciones entre los miembros del Comité Distrital de Implementación del Código Procesal Penal del Callao y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, para buscar una solución que incremente el número de defensores públicos y garantizar su atención las veinticuatro horas.

En quinto lugar, priorizar las necesidades en la Unidad de Medicina Legal del Callao, para dotarla de más cámaras Gesell, de los implementos básicos para realizar sus exámenes y pericias, y de contratar más personal.

Culmino este comentario con una frase a la que suelo recurrir para destacar el enfoque y trabajo sistémico: "Individualmente, somos una gota. Juntos, somos un océano". (R. Satoro). No podremos ser un "océano", si es que no prestamos atención al "talón de Aquiles" en el sistema de flagrancia, no posterguemos la búsqueda de soluciones para superar esa vulnerabilidad.

---

(1) Guerra-Cerrón, María Elena, "La flagrancia delictiva", en *Jurídica*. Suplemento de Análisis legal, N.° 882. *El Peruano:* 19 de diciembre del 2023, p. 2.
(2) Protocolo de Actuación Interinstitucional de la Unidad de Flagrancia. Recuperado de <https://bityl.co/RaIs>.
(3) Véase, la nota de prensa del Tribunal Constitucional, (2023, 7 de julio). "La vicepresidenta del TC Luz Pacheco señaló que no debería entrar un interno más en el penal Sarita Colonia del Callao debido a su hacinamiento". Recuperado de < https://bityl.co/RaJC>

POR LA LEGITIMIDAD DEL PROYECTO

Licencia social: aspectos a considerar

La licencia social es la legitimidad que un proyecto necesita para ejecutarse, influenciada por la percepción de los stakeholders y las características locales. Es un acuerdo dinámico que puede cambiar con el tiempo. Por ello, la estrategia de comunicación debe ser flexible y considerar todas las partes involucradas.

PEDRO **BALTA**

ASOCIADO DEL ESTUDIO RODRÍGUEZ ABOGADOS & ASOCIADOS

En cuanto a qué debemos entender por licencia social, una aproximación sería decir que se trata de aquella legitimidad otorgada a un proyecto específico para que el mismo se ejecute. Esta "aprobación" contiene particularidades propias de cada zona de influencia, del perfil de las autoridades y otro tipo de actores, que influyen o buscarán influir, sea por intereses comunes o propios, junto a un cúmulo de factores externos, en una confluencia que desembocará inevitablemente en un resultado.

En el país existen proyectos de inversión que traen consigo un considerable impacto social; aquello debe entenderse desde dos puntos de vista, uno en el cual dicho impacto es percibido mayoritariamente como positivo y, en consecuencia, aceptado por la población situada en el área de influencia, este sin duda es el escenario ideal que permite la ejecución de los trabajos programados dentro de los plazos establecidos.

Respecto de lo anterior, recuerdo una experiencia profesional personal en la que tuve la oportunidad de participar en una zona en el norte del Perú donde se realizaría una importante obra, la cual producía alta expectativa en la población y en las autoridades locales y regionales a todo nivel, que se encontraban plenamente conscientes de los beneficios del proyecto, pero que al mismo tiempo expresaban abiertamente su preocupación por conocer más de la experiencia y todo tipo de antecedentes de las partes intervinientes, así como de los aspectos considerados para llevar adelante una ejecución contractual transparente. Entonces, es imprescindible mantener un adecuado canal de información con pobladores, autoridades y prensa local, por lo que es vital asignar correctamente las responsabilidades a la o las personas que se harán cargo de las tareas de comunicación, construyendo para ello un mensaje claro y conciso.

El segundo punto de vista constituye un escenario opuesto y cuyas principales consecuencias suelen ser la paralización de la obra o la cancelación del proyecto (antes de su puesta en marcha), ello ante el rechazo de un buen grupo de los llamados stakeholders, que en palabras sencillas se constituyen en los grupos de interés con influencia –directa o indirecta– en el correcto desarrollo de las actividades de una empresa, denominación que engloba a población, autoridades, proveedores, clientes, entre otros.

Sin embargo, para entrar de manera directa al tema de licencia social, llamada también licencia social para operar, aquello nos lleva, en primer lugar, a resaltar que la misma no se respalda en un ordenamiento legal vigente, es decir, no existen bases normativas que puedan mostrar, desde una perspectiva jurídica, la forma procedimental de accionar.

En esa línea de ideas, con el propósito de enmarcar el desarrollo de la llamada licencia social, tomaré el caso del sector minero, que debe considerar la participación de la población en las distintas etapas, incluso desde la exploración, es decir, aun cuando no exista un uso de maquinaria u otros métodos de recolección invasivos en el terreno de una determinada zona; esta participación está orientada, sin duda, a otorgar a una determinada población la posibilidad de tener una voz, una participación activa que los visibiliza de tal manera que ayuda a involucrar sus propios intereses y comprender sus preocupaciones.

La licencia social funge como una especie de mecanismo de participación, mediante el cual los stakeholders expresan sus interrogantes y percepciones frente a un proyecto determinado, lo que debería convertirse en una oportunidad para la empresa en buscar o crear los espacios de comunicación efectiva con el propósito de exponer respuestas oportunas en el camino de incorporar los intereses de todas las partes involucradas en el proyecto.

Corresponde entonces desarrollar lo que se conoce como el CASEO, es decir, el comportamiento, actitudes, sentimientos, emociones y opiniones de los distintos stakeholders, ello mediante la selección de estrategias diferenciadas basadas en información real y oportuna, esto último juega un papel vital en tanto la oportunidad se acompañe de los canales de comunicación más efectivos. Por tanto, el CASEO debe dirigirse al entendimiento de la simbiosis proyecto-stakeholders.

El punto de partida es identificar plenamente el área de influencia, el cual no se circunscribe únicamente a la zona inmediatamente aledaña o próxima al proyecto, ya que en muchos casos podría incluirse, por ejemplo, un determinado espacio geográfico cercano a un corredor minero. En general, resulta de vital importancia determinar las posibilidades de impacto ambiental y/o social. Adicionalmente, es un insumo relevante tener una idea clara de las características de la población involucrada; sobre esto último, por ejemplo, en el área de inteligencia se cuenta con un documento denominado Estudio Básico de Área (EBA), entendido como aquel instrumento informativo que brinda un panorama general de información respecto de una determinada localidad, por ejemplo, temas estadísticos como cantidad de habitantes u otros aspectos, tales como actividad económica principal, dialectos, datos geográficos, principales

costumbres religiosas, calendario de festividades locales, entre otros que apoyen a perfilar y proyectar las estrategias comunicacionales más adecuadas.

La estrategia de comunicación diseñada debe ser dinámica y flexible, con un inicio temprano conforme lo señalado con anterioridad y, tratándose de un proyecto minero, debe considerar la etapa de cierre, sea este uno progresivo o definitivo; aquello con el propósito de crear, reforzar o consolidar una sólida imagen que sirva de soporte para futuros proyectos.

La licencia social se basa, en gran medida, en lo mencionado respecto del conocimiento de los stakeholders, esto responde a un mapeo social para conocer cuál es nuestro "universo", lo que se reflejará en la facilidad para aterrizar realidades con apoyo de información certera. Lo mencionado debe orientar una estrategia que no deje por fuera centros poblados o comunidades geográficamente alejadas, pero que se encuentren o consideren dentro del radio de influencia.

Respecto de lo señalado, considero oportuno mencionar el caso acontecido hace algunos años en la región Cajamarca y derivada de un conflicto social ante la negativa de explotación de un importante proyecto minero. En este caso, la estrategia comunicacional de quienes se manifestaban abiertamente en contra logró calar en la población, influyendo así directamente en el CASEO de la zona de influencia e incluso en sectores poblacionales alejados; aquel potente mensaje que contrapuso la explotación del mineral frente al correcto manejo del medioambiente, específicamente del agua. En esta oportunidad dejaré las distintas motivaciones y grupos inmersos en esta negativa al margen del presente artículo, con el objetivo de centrarme y no perder el foco en el tema central: la licencia social.

La experiencia citada nos obliga a considerar la existencia y la diferencia entre dirigentes y autoridades formales y las "reales", aquellas que sin mandato o designación legal tienen directa influencia en la población, algunos son de inmediata identificación como los párrocos de la localidad, líderes de comunidades, entre otros, dentro de los cuales sería posible nombrar a locutores de la o las principales radios locales.

Finalmente, se trata de identificar los canales de comunicación aceptados y efectivos para lograr el propósito de conseguir la licencia social, sin olvidar que se trata de "contratos", una especie de "acuerdos vivos", entendiendo la expresión en el sentido que no puede concebirse una licencia social otorgada como inamovible en el tiempo a partir del entendimiento que las circunstancias pueden cambiar, sea por la normal interacción de los distintos grupos humanos o por factores externos, sean estos políticos, económicos o de otra índole.

TEMA URGENTE PARA LA AGENDA DEL PAÍS

¿Quiénes ejercen función pública?

Dos proyectos pretenden comprender dentro de sus alcances a todo aquel que contrata con el Estado.

RICARDO **GANDOLFO CORTÉS**

ABOGADO EXPERTO EN CONTRATACIÓN PÚBLICA. CATEDRÁTICO DE POSGRADO DE LA UPC. ÁRBITRO CCL-PUCP-AMCHAM

El lunes 22 de julio se presentó en el Congreso de la República el Proyecto de Ley 8439/2023-CR con el declarado objeto de garantizar la calidad y continuidad de la ejecución de las obras públicas y evitar sus demoras y sobrecostos. La iniciativa es muy similar al Proyecto de Ley 7316/2023-CG presentado por la Contraloría General de la República el 14 de marzo de este mismo año con el objeto de fortalecer el control gubernamental sobre contratistas, subcontratistas, proyectistas y supervisores en la ejecución de las obras públicas.

La piedra angular de ambos textos es la modificación del artículo 46 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República 27785, relativo a las conductas infractoras, a efectos de no limitarla, como lo está, a los funcionarios y servidores públicos que incurren en infracción materia de responsabilidad administrativa, sujetos a su potestad sancionadora, sino de extenderla para comprender dentro de su ámbito a las personas naturales que actúan en forma independiente o como ejecutivos o profesionales de las personas jurídicas por el supuesto incumplimiento de sus obligaciones contractuales.

La infracción en ambos casos se considera muy grave y acarrea los apremios de las denuncias correspondientes si como consecuencia de ella se generan sobrecostos o demoras en la ejecución de las obras, en el proyecto recientemente ingresado y si da lugar a una prestación adicional por deficiencias en el expediente técnico o a una ampliación de plazo, o si ocasiona un perjuicio económico o una severa afectación a un servicio público en el proyecto de la Contraloría. O sea, los mismos supuestos agravantes.

No es novedad. Desde hace algunos años se plantean, con cierta frecuencia, estas propuestas destinadas a someter bajo el imperio de los órganos de control del Estado a profesionales y empresas del sector privado para tratarlos como si fueran servidores públicos bajo la entelequia de que desempeñan función pública simplemente porque son retribuidos por el Estado, lógica que por cierto no resiste ningún análisis, pues en esa línea de pensamiento hasta los proveedores de útiles de escritorio se convertirían en funcionarios o pasarían a desempeñar una función pública, lo que resulta totalmente absurdo.

El concepto de sobrecostos, por otro lado, es equivocado porque parte de una premisa falsa que es la de creer que el presupuesto determina lo que debe costar un proyecto y, en realidad, como digo siempre, el término define un conjunto de "supuestos previos", condicionados a la inevitable confrontación con la realidad que coloca cada elemento en su justa y exacta dimensión. El presupuesto y el plazo se modifican, generalmente incrementándose por una razón muy simple. Porque quien diseña no encarece su proyecto ni amplía su plazo, sino que los ajusta en defensa de su cliente con cargo a elevar o extender lo que sea absolutamente indispensable en el momento de la ejecución cuando no haya otra opción. Pero también puede, en ocasiones, reducirse cuando desaparece la necesidad de ejecutar ciertas partidas o de emplear ciertos materiales.

Actualmente los profesionales del sector público se resisten a aprobar variaciones indispensables en sus presupuestos para evitar injustas y equivocadas represalias. De prosperar estos proyectos, también se resistirán a hacer lo propio y por la misma razón los profesionales del sector privado, con lo que los contratos paralizados se duplicarán innecesariamente y el país entrará en un inevitable colapso.

Sobrecosto es todo aquello que está por encima del costo real. Es el gasto en el que se debe incurrir, pero que se pudo evitar y que se genera por un mal manejo o una gestión no muy diligente que complica el desarrollo de los trabajos. No es el monto que se adiciona al presupuesto para cumplir cabalmente con el objeto del contrato y que no corresponde a ninguna deficiencia del expediente técnico.

Una reflexión final sobre la función pública: es verdad que puede extenderse el concepto para comprender dentro de su ámbito a quienes forman parte de las empresas de economía mixta y guardan relación laboral o de subordinación con sus respectivas autoridades, pero en modo alguno a quienes actúan en forma independiente sea en su propio ejercicio profesional o integrando empresas privadas que contratan con distintas reparticiones del Estado, como pueden hacerlo con un particular. Basta revisar la reciente sentencia del Tribunal Constitucional 193/2024 que declara inconstitucional varios artículos de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y recuerda entre sus fundamentos cuestiones elementales que se pretenden obviar.

Si a los particulares también se les pretende aplicar el concepto de función pública –y por añadidura la calificación de funcionarios–, pues no quedaría nadie para ejercer función privada o para desempeñarse en el sector privado, tal y como se conoce universalmente. En otras palabras, desaparecería la empresa privada, objetivo que por cierto persiguen quienes abrazan ideologías totalitarias que se oponen al espíritu y a la letra de la Constitución Política del Perú.

BENEFICIOS TRIBUTARIOS EN DEBATE

El principio de generalidad

El texto analiza si beneficios, como la reducción del IGV para peluquerías y el régimen excepcional del impuesto a la renta para rentas no declaradas, cumplen con el principio de generalidad y con ello justifican las distinciones entre obligados

BENJAMÍN **GUTIÉRREZ GALVÁN**
TAX PARTNER EN FRATER

A inicios de agosto de este año, el Ejecutivo observó dos autógrafas de ley mediante las cuales el Congreso aprobó dos beneficios tributarios que han generado preocupación en el Ejecutivo, puesto que estos beneficios perjudicarían la recaudación en alrededor de 1,000 millones de soles. Tal preocupación se incrementa si es que se toma en cuenta que según el MMM , en el 2025 se dejarían de recaudar por la totalidad de beneficios tributarios, alrededor de 24,010 millones de soles, lo que empeoraría el déficit fiscal tan venido a menos.

Al margen de si finalmente el Congreso retrocede con estas iniciativas o las aprueba por insistencia, es oportuno abordar el tema desde un punto de vista estrictamente técnico, específicamente desde la óptica del principio de generalidad (igualdad ante la ley), definido como aquel principio constitucional tributario por medio del cual todas las personas están obligadas a contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, siendo que el Estado, al momento de ejercer su potestad tributaria, solo puede justificar distinciones entre aquellas por razones objetivas; lo contrario, conlleva a su inconstitucionalidad.

En virtud de ello se aprovecha este espacio para reflexionar sobre si al momento de otorgar los beneficios: “Re-corte tributario” y “Régimen excepcional del Impuesto a la Renta (IR) por rentas no declaradas al 31.12.2022”, el Parlamento hizo distinciones entre los contribuyentes y, si es así, si lo hizo con razones objetivas que justifiquen que algunos sí accedan a ellos y otros, no.

El “Re-corte tributario”

Este beneficio reduciría la tasa del IGV de 18% a 8% únicamente a peluquerías y centros de belleza, justificándose su dación en el hecho que producto de la pandemia muchos de aquellos cerraron. Ello es innegable, sin embargo, no lo es menos el hecho que producto de la pandemia también se cerraron negocios de otros sectores, a los que –salvo el gastronómico y hotelero en el 2023– no se les ha beneficiado con la tasa reducida del IGV.

Considerar a la pandemia como justificación primordial para la reducción del IGV, a hoy, ya no parece suficiente si es que se tiene en cuenta que aquella terminó hace más dos años y que hay evidencia de la recuperación del sector, en tal sentido, se trataría de una medida carente de idoneidad y, adicionalmente carente de necesidad y proporcionalidad, si es que –como indica el Ejecutivo– los principalmente beneficiados serían un grupo minoritario dentro de los que destacan aquellos cuyos clientes pertenecen a sectores socioeconómicos medios y altos, los que sí tienen la capacidad económica para asumir el IGV.

Cobra especial notoriedad la revelación que la presidenta de la Asociación de peluquerías ha hecho al señalar que el motivo por el que han recurrido al Congreso se debe a que consideran que la reducción del IGV es la única manera que tienen para no aumentar sus precios por el alza de los costos de sus productos importados; añadió que el Ejecutivo debiera ver este beneficio como una inversión para ayudar a los emprendedores de su sector.

Si el aumento de los costos empresariales fuese un motivo objetivo para validar una ayuda estatal de tipo tributaria, ¿Cuál sería la justificación diferencial de ayudar a un sector y no a otros con problemas similares o peores, o a sectores más prioritarios socialmente que el de belleza? Sin duda, ese no debiera ser el camino porque, claro está, cualquier sector no beneficiado pediría los mismos beneficios, pues a igual razón igual derecho.

Régimen excepcional del Impuesto a la Renta (IR) para rentas no declaradas al 31.12.2022.

Mediante este régimen, se perdonaría a personas naturales domiciliadas en Perú: (I) parte del IR, pues se aplicará una tasa reducida del 10%, o del 7% si es que se repatría el dinero, (II) la totalidad de intereses moratorios y multas relacionadas con el IR no declarado; y (III) únicamente intereses moratorios a quienes ya cuentan con una resolución de determinación notificada y firme por parte de la Sunat.

Como se aprecia, los beneficiados serían personas que, negligente o intencionalmente, no declararon sus ingresos e, incluso, personas inmersas en procedimientos de incremento patrimonial no justificado. Quedarían excluidos de este perdón quienes sí cumplieron con su declaración, pero -–por algún motivo entendible o no– no pagaron todo o parte de su deuda tributaria, la que incluso podría ser –o haber sido– cobrada mediante el embargo y remate de sus bienes.

¿Cuál es la justificación objetiva de hacer esa distinción entre los ciudadanos? Desde la óptica constitucional del principio de generalidad no se la halla o, por lo menos, este no se condice con el artículo 1° de la norma, en el que se sustenta su dación en la promoción de la formalización de la economía y ampliación de la base tributaria, cuando lo que se genera es un desincentivo a ser formal.

Efectivamente, el mensaje que se enviaría con la aprobación final de esta norma resulta perverso pues se premia –por decir lo menos– a “Pepe el vivo o distraído”, incentivando a que quienes sí contribuyen al gasto público pasen a esa vereda de la evasión e informalidad porque cada cierto tiempo aparecerá una nueva amnistía tributaria .

Colofón

Desde la óptica constitucional tributaria, cuando el legislador ejerce la potestad tributaria debe reconocer que esta es limitada y, en consecuencia, debe partir del principio esencial de que todos los contribuyentes son iguales ante la ley y por ello todos deben contribuir al país. Por lo que al momento de crear beneficios es indispensable justificar objetivamente la existencia de distinciones entre los contribuyentes, tal como por ejemplo se hizo cuando se creó el Régimen de la Amazonía, el cual por su antigüedad debe ser revisado, justamente para resguardar el principio de generalidad.

Es también de resaltar que la realidad peruana no permite que todos contribuyan al gasto público, pero ese es un tema de otro cantar, mucho más grande y que deben abordar todos los órganos estatales con el liderazgo de un presidente dispuesto a comerse el pleito si se pretende ser nación de Primer Mundo.